

# El derecho del niño a ser oído en procesos sobre aplicación de medidas de protección: Propuestas para Chile

*The child's right to be heard in processes regarding application of protective measures: Proposals for Chile*

**Simona Canepa Aravena**   
*Universidad Finis Terrae, Chile*

## RESUMEN

El derecho del niño a ser oído ha experimentado grandes avances legislativos durante los últimos años en Chile. Sin embargo, distintos estudios empíricos dan cuenta de una deficiente aplicación práctica del derecho. Este trabajo pretende identificar los principales problemas en la operatividad del derecho, así como plantear soluciones a partir de la normativa actual. La metodología utilizada será el metanálisis a partir de los resultados de estudios empíricos combinado con el método de análisis dogmático, propio de la ciencia jurídica. Este trabajo presenta resultados en dos sentidos. En primer lugar, se identifican los problemas principales en el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos en sede familiar: los niños no serían entrevistados directamente por el tribunal; y la opinión de los niños no es ponderada en la sentencia. En segundo lugar, a la luz de la Ley sobre Garantías de la Niñez y de la Ley de Entrevistas Videograbadas, se proponen parámetros para dar efectividad al ejercicio del derecho en sede judicial: intermediación judicial, formación especializada, entornos adecuados, intervención limitada de terceros y, por último, se enfatiza la obligación del tribunal de considerar la opinión del niño en las medidas que se decreten.

## PALABRAS CLAVE

Niñez • derecho a ser oído • Ley sobre Garantías de la Niñez • intermediación judicial

## ABSTRACT

The right of the child to be heard has seen significant legislative advancements in Chile over the past few years. However, various empirical studies highlight a deficient practical application of this right. This work aims to identify the main problems in the operability of this right and propose solutions based on current regulations. The methodology used will be meta-analysis from the

results of empirical studies combined with the dogmatic analysis method, typical of legal science. This work presents results in two directions. Firstly, it identifies the main problems in the exercise of children's right to be heard in family court: children are not directly interviewed by the court, and children's opinions are not considered in the judgment. Secondly, considering the Law of Guarantees for Children and the Law of Videotaped Interviews, parameters are proposed to ensure the effective exercise of this right in judicial settings: judicial immediacy, specialized training, suitable environments, limited intervention of third parties, and, finally, the obligation of the court to consider the child's opinion in the measures decreed.

#### KEYWORDS

Childhood • right to be heard • Law of Guarantees for Children • judicial immediacy

### I. INTRODUCCIÓN

Solo en un 3,2 % de las causas sobre adopción de medidas de protección por vulneración de derechos se ha escuchado al niño de manera directa por el juez durante el procedimiento. De este hallazgo da cuenta un estudio de seguimiento de 657 causas de protección derivadas desde el Centro de Medidas Cautelares a la Clínica Jurídica de Familia de la Universidad Finis Terrae entre 2017 y 2021<sup>1</sup>. Esta cifra muestra la distancia que existe entre la regulación del derecho de los niños a ser oídos en Chile y su aplicación en la práctica judicial. A nivel nacional, son diversos los estudios empíricos que dan cuenta de las dificultades operativas que ha tenido el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos en sede judicial. Por nombrar algunos: Vargas Pavez y Correa Camus en 2011, Fuentes Maureira en 2015, Fuentes Maureira y García Odgers en 2015, Carretta Muñoz en 2018, Carretta Muñoz y García-Quiroga en 2022, y, más recientemente, García-Quiroga *et al.* en 2023. Estas distintas investigaciones se han basado en metodologías empíricas de tipo cualitativa (principalmente entrevistas a distintos actores del sistema judicial familiar en Chile) para realizar un diagnóstico compartido: el derecho de los niños a ser oídos en sede judicial ha tenido distintas dificultades en su operatividad.

El estudio que se llevó a cabo a partir de un convenio de colaboración entre el Centro de Medidas Cautelares y la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, a diferencia de los mencionados, fue del tipo cuan-

---

<sup>1</sup> Estudio de caracterización de causas derivadas a la Clínica Jurídica UFT desde el Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago, proyecto adjudicado a la investigadora responsable Simona Canepa Aravena en virtud del Concurso Anual de Investigación (CAI) 2021 de la Universidad Finis Terrae. Participaron en este proyecto las profesoras Ángela Arenas Massa y Teresa Ortega Colihuinca de la Universidad Finis Terrae, y el estudiante Bastián Silva López como ayudante de investigación.

titativo, y se consideraron causas de violencia intrafamiliar, de protección y de cumplimiento<sup>2</sup>. En relación con los procedimientos de protección de niños, niñas y adolescentes, se abordaron todas las causas judiciales derivadas a la Clínica Jurídica entre 2017 y 2021. Con un total de 657 causas, la muestra no produce una selección que conlleve un sesgo, ya que se analizaron la totalidad de los casos para recabar la información necesaria. De las causas de protección se recogieron 1.028 variables centradas en obtener características sociodemográficas y procesales del sistema judicial.

A partir de esta información, y en relación con el derecho de los niños a ser oídos, se levantaron cuatro variables: i) ¿se ofreció escuchar al niño en algún momento del procedimiento?; ii) ¿se escuchó al niño en algún momento del procedimiento?; iii) en caso de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿quién escucha al niño?; y iv) ¿el juez tomó en consideración la opinión del niño al momento de adoptar las medidas? El principal hallazgo en la materia muestra que solo en veintiuna de las 657 causas los niños fueron oídos por el tribunal en algún momento del procedimiento, es decir, solo en un 3,2 % de los casos.

Aquel resultado y los de los estudios empíricos nacionales anteriores motivaron esta investigación, en virtud de la cual surge la pregunta respecto de cuáles serían las posibles dificultades principales a las que se enfrentan los niños para ejercer de manera efectiva su derecho a ser oídos en sede judicial. Se identificaron dos: que el derecho de ser oído se entiende cumplido a partir de informes de diagnóstico o peritajes, y que no hay referencias concretas en la sentencia sobre si se escuchó o no al niño durante el proceso ni en qué medida se tuvo en consideración la opinión expresada por este en los pocos casos en que sí fue escuchado.

Principalmente desde el estudio de la Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (Ley sobre Garantías) y otras leyes relevantes en materia de niñez en Chile, se propone resolver los problemas observados a través de aplicaciones prácticas del derecho a ser oído en los procedimientos de protección de derechos. Se plantea, por un lado, que sean los jueces quienes, en virtud del principio de inmediatez y del mandato legal, escuchen directamente a los niños; y, por otro, que en las sentencias se deje constancia del ejercicio del derecho a ser oído a lo largo del procedimiento, y en qué medida se tomó en consideración la opinión del niño en el caso concreto.

---

<sup>2</sup> Es relevante mencionar que los resultados, dada la jurisdicción del Tribunal ante el cual se siguen las causas, son representativos solo para la región Metropolitana.

El trabajo se divide en dos partes. En primer lugar, se presenta una síntesis de marco teórico dogmático del derecho a ser oído en Chile y su evolución legal. En segundo lugar, se estudian las dificultades procedimentales del ejercicio del derecho en sede judicial y se presentan propuestas coherentes con el marco normativo y con el sistema jurídico chileno en general. La metodología utilizada será el metanálisis de los resultados de los estudios empíricos, combinada con el método de análisis dogmático, propio de la ciencia jurídica. Finalmente, en coherencia con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en este trabajo se utiliza el concepto «niño» o «niños» para referirse a todos los seres humanos menores de dieciocho años, sean niños, niñas o adolescentes.

## II. EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN SU DIMENSIÓN DOGMÁTICA Y OPERATIVA: DESDE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO A LA LEY SOBRE GARANTÍAS

El derecho del niño a ser oído aparece por primera vez a nivel internacional y vinculante en la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicho tratado reconoce, en su artículo 12, a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio *«el derecho de expresar su opinión libremente»* en todos los asuntos que le afecten *«ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado»*. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el derecho del niño a ser oído es uno de los cuatro principios generales de la convención, por lo que, además de ser un derecho en sí mismo, habría que tenerlo en cuenta al momento de «interpretar y hacer respetar todos los demás derechos»<sup>3</sup>.

A nivel interno, la Ley 19.585 de 1998 introdujo el artículo 242 al Código Civil, en virtud del cual, en relación con los derechos y obligaciones entre padres e hijos, el juez, para adoptar sus resoluciones, debe tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños, en función de su edad y madurez.

A su vez, la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia (Ley de Tribunales de Familia), consagró al derecho a ser oído, en conjunto con el interés superior del niño, como principio rector *«que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento»*<sup>4</sup>. Específicamente con relación al procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, el artículo 69 de la Ley 19.968 se refiere a la comparecencia

<sup>3</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 2.

<sup>4</sup> Chile, Ley 19.968, artículo 16.

del niño, niña o adolescente y al derecho de los niños a ser oídos de manera concreta. Se consagra la obligación del juez de tener «*debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez*». La misma norma hace referencia al ambiente en el que se tiene que escuchar a los niños, que debe ser adecuado y considerar su salud física y psíquica. Además, se reconoce en el artículo 79 el derecho de los niños a que el juez los reciba personalmente cuando así lo soliciten, en los casos en que se encuentre vigente una medida de protección judicial. El artículo 78 de la ley regula la obligación de visita de los jueces de familia a los establecimientos residenciales en que se cumplan medidas de protección. Durante las visitas, los directores de los establecimientos deben «*facilitar las condiciones que garanticen la independencia y libertad de [los niños] para prestar libremente su opinión*».

Durante los últimos años en Chile se han aprobado diversas iniciativas legales en relación con los derechos de la niñez, y en todas se ha reconocido de alguna manera el derecho de los niños a ser oídos o a su participación. Ejemplo de lo anterior serían la Ley 21.527 de 2018, que regula entrevistas grabadas en video; la Ley 21.067 del mismo año, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez; y la Ley 21.302 de 2021, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia.

Con todo, la regulación más extensa que ha experimentado el derecho de los niños a ser oídos a nivel nacional fue introducida a partir de la Ley 21.430 sobre Garantías, en 2022. Dicha norma dedica todo su artículo 28 a garantizar el derecho de los niños a ser oídos, además de referirse a él en otros preceptos, por ejemplo, en el artículo 7 sobre el interés superior del niño, en el artículo 18 sobre participación social o en los artículos 59 y 72 en relación con el procedimiento de protección administrativa.

Entre 1990, año en que Chile ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, y 2022, las diversas normas internas mencionadas habían hecho referencia al derecho a ser oído como principio rector de normas e instituciones. Sin embargo, la Ley 21.430 es la primera que se refiere en profundidad a su contenido y operatividad, introduciendo cambios con relación al contenido del derecho del niño a ser oído ya consagrado en la convención. Estos cambios pueden resumirse en tres grandes dimensiones. En primer lugar, se evoluciona hacia el concepto de que *todo niño tiene derecho a ser oído*, no solamente aquellos que están en condiciones de formarse un juicio propio. En segundo lugar, el derecho a ser oído se reconoce para *todo asunto administrativo o judicial que afecte al niño*, ya no solo aquellos para cuya decisión es relevante la opinión del niño. En tercer lugar, se avanza hacia la inmediatez del derecho, es decir, *el niño*

*debe ser oído directamente* o a través de una persona designada por él mismo. Además, no hay estructura ni órgano encargado de oírlo, sino que el mismo juez o autoridad competente tiene la responsabilidad de hacerlo. A continuación, se analizarán estas tres divergencias.

### 1. *Todo niño tiene derecho a ser oído*

La primera diferencia que se advierte entre la Ley 21.430 y la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al sujeto activo del derecho. En su artículo 12, la convención exige a los Estados parte garantizar al «*niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio*» el derecho de expresar su opinión libremente. En cambio, la Ley 21.430 en su artículo 28 reconoce a todo niño, niña o adolescente «*el derecho a que sus opiniones sean oídas*». Esto marca una discrepancia en relación con lo que consagra la convención, ya que ha sido amplio el debate en la doctrina sobre qué niños deben ser oídos por el juez en los distintos procedimientos. Hasta ahora hay quienes plantean, a partir de lo recomendado por el Comité sobre los Derechos del Niño, que los jueces deben escuchar a *todos los niños*<sup>5</sup>, independiente de su edad y del análisis sobre la capacidad de formarse un juicio propio<sup>6</sup>. Sin embargo, existen también opiniones contrarias en el sentido de reconocer a los jueces la posibilidad de no considerar en un procedimiento el derecho de los niños a ser oídos debido a distintos factores como la edad, madurez o conveniencia para el niño en virtud de su interés superior<sup>7</sup>.

La aplicación del derecho de los niños a ser oídos en la práctica tiene limitaciones respecto a aquellos de edades inferiores, en comparación con los que ya pueden expresarse de manera verbal y clara. En la doctrina en general esto se ha reconocido, y se propone, en línea con las directrices del Comité de los Derechos del Niño, que el juez pueda escuchar a los niños incluso antes de que desarrollen el lenguaje. Con todo, se reconoce que la

<sup>5</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafos 20 y 21. En el mismo sentido, en Comité de los Derechos del Niño (2013), párrafo 54, «el hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior».

<sup>6</sup> Esta discusión ha sido desarrollada por IBÁÑEZ MEZA (2023), pp. 22-25. Véanse también RIVEROS CALDERÓN (2019), p. 231; BYRNES (2011), p. 47; COUSO (2006), p. 153; LANSDOWN (2022), p. 44.

<sup>7</sup> En la doctrina nacional el principal exponente en este sentido ha sido Francesco Carretta Muñoz. Véanse CARRETTA MUÑOZ (2018b), p. 412 y CARRETTA MUÑOZ Y BARCIA LEHMANN (2021), p. 72.

forma en que se realizará esta escucha es distinta respecto de niños que ya pueden expresarse verbalmente. Así, la obligación del juez en relación con niños que no hablan tendría que ver más con una *observación* que con una escucha propiamente tal. Las personas se expresan no solamente a través del lenguaje, sino también a través de gestos, risa, llanto, la mirada, entre otros. Estos son los elementos que debe apreciar el tribunal al *escuchar* a niños que, por distintas razones y no solo por edad, no puedan expresarse verbalmente<sup>8</sup>.

Con todo, la Ley sobre Garantías debiese marcar un cambio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto al ejercicio del derecho de los niños a ser oídos, ya que se refiere, a partir del primer inciso en que se consagra el derecho, a «*todo niño, niña o adolescente*». Nicolás Ibáñez Meza aborda este cambio como un nuevo estándar requerido por la Ley sobre Garantías: ya no se trataría de «algunos o de niños bajo ciertas condiciones o características, sino de todos, sin excepción»<sup>9</sup> a quienes se les reconoce el derecho a ser oídos. Esto manteniendo la referencia que hace el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño a que las opiniones de los niños serán debidamente consideradas de acuerdo con su edad, madurez y grado de desarrollo.

## 2. Derecho a ser oído en todos los asuntos que afecten al niño

La segunda diferencia entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley sobre Garantías sobre el derecho a ser oído se refiere al ámbito en el que se debe respetar este derecho. Por una parte, el primer inciso del artículo 12 de la convención no limita al ejercicio del derecho de los niños a ser oídos en un ámbito en específico, sino que se reconoce el derecho de los niños a expresar su opinión libremente «*en todos los asuntos que afecten al niño*». Además, en el segundo inciso del artículo se señala que «*se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño*». Esto significa que se reconoce explícitamente que en los procedimientos judiciales o administrativos que afecten al niño se debe dar la posibilidad a ellos mismos de expresar su opinión. Por otra parte, la Ley 21.430 señala en el primer inciso del artículo 28 el derecho de los niños a que sus opiniones sean oídas «*en los procedimientos o actuaciones administrativas o judiciales en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pueda afectar sus derechos o*

---

<sup>8</sup> Esta materia ha sido especialmente desarrollada respecto de niños pequeños en RIVEROS CALDERÓN (2019).

<sup>9</sup> IBÁÑEZ MEZA (2023), p. 21.

*intereses, especialmente en el ámbito familiar, escolar, sanitario, comunitario, administrativo y/o judicial*». Por lo tanto, la Ley sobre Garantías reconoce expresamente que hay otros ámbitos, además del judicial o administrativo, en los que se debe respetar también el derecho de los niños a ser oídos, lo que marca una diferencia de extensión e intensidad con relación a lo consagrado en la convención.

En este sentido, es importante destacar el desarrollo que realiza la Ley sobre Garantías del derecho de los niños a ser oídos, específicamente en el ámbito administrativo. Una de las innovaciones se refiere al título 3 en virtud del cual se crea una nueva institucionalidad administrativa de protección a la niñez y adolescencia: las Oficinas Locales de la Niñez. Estas oficinas serán las encargadas de la protección de derechos de los niños a nivel local mediante la dictación de medidas de protección<sup>10</sup>. Las medidas de protección, tanto judiciales como administrativas, deberán adoptarse *«solo una vez que se haya oído al niño, niña o adolescente a quien pudiere afectar, en el caso que corresponda, atendiendo a su desarrollo y madurez, y a sus padres, madres, representantes o personas que lo tengan bajo su cuidado»*<sup>11</sup>.

Por su parte, el artículo 72 de la Ley sobre Garantías se refiere al procedimiento de protección administrativa. Resulta particularmente interesante el tratamiento que se realiza en esta norma al derecho de los niños a ser oídos en el ámbito administrativo. En virtud del número 5 del artículo citado, aquel niño *«cuya situación sea o pueda ser afectada por la decisión del órgano administrativo tiene el derecho de intervenir en cualquier estado y grado del proceso, designar abogado o requerir asistencia jurídica gratuita y expresar su opinión y deseos»*. De esta manera, la Ley sobre Garantías releva el derecho a ser oídos de los niños durante el procedimiento administrativo seguido ante las Oficinas Locales de la Niñez y no limita la participación de los niños a que sean *escuchados*, sino que la norma se refiere a la posibilidad de *«intervenir»* durante el proceso y luego a expresar *«su opinión y deseos»*.

Continúa la norma: *«Se deberá garantizar el ejercicio de este derecho, propiciando que los niños, niñas o adolescentes expresen su opinión sobre el asunto que les concierne, en un ambiente adecuado»*. Esto va en línea con las recomendaciones que ha hecho el Comité de Derechos del Niño sobre la importancia de resguardar el entorno en el cual se da la escucha de los niños durante los distintos tipos de procedimientos<sup>12</sup>. Por último, el número 5 del artículo 72 señala: *«A estos efectos, el niño, niña o adolescente podrá*

<sup>10</sup> Chile, Ley 21.430, artículo 57 número 4 y artículo 68.

<sup>11</sup> Chile, Ley 21.430, artículo 59.

<sup>12</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 11.



*hacerse acompañar de una persona de su confianza*». Esta posibilidad expresa es una novedad en nuestra legislación, que ya se había referido al ambiente de la escucha<sup>13</sup>, pero no de manera explícita a la facultad de los niños de ejercer su derecho a ser oídos acompañados de alguien de su confianza.

Esta incorporación resulta sumamente positiva, y debiera extenderse a todo tipo de procedimientos, no solo al administrativo. Los niños que son sujetos de una medida de protección (tanto administrativa como judicial) han sufrido con toda probabilidad algún tipo de vulneración en sus derechos y se encuentran en una posición especialmente vulnerable. Por lo tanto, es muy importante que en este proceso de expresar su opinión y sus deseos ante un adulto que adoptará una medida relevante para su vida (muchas veces una situación difícil para una víctima de vulneración de derechos) los niños puedan ser acompañados y respaldados por una persona de su confianza.

### 3. Derecho a ser oído directamente

Una tercera diferencia entre la regulación del derecho a ser oído en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley sobre Garantías tiene que ver con quién puede manifestar la opinión de los niños. El artículo 12 número 2 de la convención señala que debe darse al niño la oportunidad de ser escuchado *«ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado»*. Esto posibilita que sea un tercero quien exprese la opinión del niño en un procedimiento judicial o administrativo, sin señalar de manera expresa quién designará ese representante u órgano apropiado. En cuanto a la legislación nacional, el inciso tercero del artículo 28 de la Ley 21.430 reconoce para todos los niños la posibilidad de manifestar su opinión *«por sí mismos o a través de la persona que designen»*. Solo en los casos en que esto no fuera posible *«los órganos de la Administración o la autoridad judicial dispondrán de las medidas necesarias, presenciales o remotas, para el cumplimiento del derecho»*.

De esta manera, se resuelve que solamente los niños o la persona que ellos mismos designen podrán expresar su opinión, eliminando así la referencia que hace la convención al órgano apropiado. Esto podría zanjar una discusión doctrinaria respecto de quiénes deben escuchar a los niños durante los procedimientos judiciales: si los jueces directamente o si se entiende ejercido el derecho a través de la escucha por parte de profesionales del área psicosocial. En la Ley sobre Garantías se explicita que son los niños (o quienes ellos designen) quienes deben expresar su opinión y

<sup>13</sup> Chile, Ley 19.968, artículo 69, inciso segundo.

no un tercero. En los casos en que esto no fuera posible, se podrán adoptar distintas medidas (presenciales o remotas) para garantizar el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos, no así medidas que pretendan reemplazar el ejercicio del derecho por otra opción.

Distintos estudios empíricos dan cuenta de que en la mayoría de las causas judiciales los niños no son escuchados directamente por el juez. Esto motivó la profundización del estudio sobre la operatividad del derecho en el ámbito nacional y los posibles problemas a los que se enfrentan los niños al momento de expresar su opinión ante los tribunales de justicia, específicamente ante Tribunales de Familia y en materia de medidas de protección de derechos. El siguiente apartado se centrará en el análisis de la primera barrera con la que se encuentran los niños al ejercer su derecho a ser oídos en este tipo de procedimientos judiciales: que los niños no son escuchados directamente por el tribunal, sino que se entiende cumplido el derecho a través de los informes de diagnóstico o peritajes.

### III. PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL DERECHO A TRAVÉS DE INFORMES DE DIAGNÓSTICO O PERITAJES

De las 657 causas judiciales estudiadas, solo en veintiuna de ellas se escuchó a los niños directamente por el juez<sup>14</sup>. Sin embargo, en 493 casos se solicitaron informes de diagnóstico o periciales<sup>15</sup>. Esto podría reflejar que en la gran mayoría de los casos los jueces parecen entender ejercido el derecho de los niños a ser oídos por haber sido entrevistados por psicólogos en contexto de diagnóstico o peritajes<sup>16</sup>. El estudio de Vargas Pavez y Correa

---

<sup>14</sup> Se debe tener en cuenta que el derecho a ser oído es una facultad y no una obligación, y que en algunos de estos casos el tribunal puede haber ofrecido la instancia a los niños para ejercer su derecho y estos haberse negado. Sin embargo, de las 657 causas judiciales estudiadas, en solo sesenta y nueve de los expedientes consta que el tribunal ofreció escuchar al niño en algún momento del procedimiento (resultado de la variable: «Se ofreció escuchar al niño en algún momento del procedimiento»). Por lo tanto, se puede concluir que en cuarenta y ocho causas los niños optaron por no ser oídos directamente por el tribunal.

<sup>15</sup> Resultado de la variable: «¿Se solicitan informes psicosociales sobre las víctimas y su entorno?».

<sup>16</sup> Diagnóstico compartido por DOMÍNGUEZ HIDALGO (2023), p. 92. Por su parte, GARCÍA-QUIROGA *et al.* (2023), p. 123, considera los informes de profesionales externos como una valiosa fuente de información, pero en la que la participación de los niños se considera una «participación mediada». Además, en dicho estudio, en el que se entrevistaron a jueces de familia, uno de ellos afirma como una práctica escuchar a los niños «por intermedio del informe de pericias». A su vez, VARGAS PAVEZ Y CORREA CAMUS (2011), p. 190, entrevistaron a una jueza de familia de Santiago que señala: «muchas veces yo no

Camus de 2011 tiene conclusiones similares: «Los jueces de familia recuperan la voz de los niños a través de peritajes o informes de diagnósticos [...] realizados por la red del sistema de justicia»<sup>17</sup>. A su vez, en García-Quiroga *et al.* se concluye que la forma más común de participación de los niños en la justicia de familia es «la participación mediada, [...] canalizada a través de profesionales, quienes representan el bien mayor y su voluntad»<sup>18</sup>.

Con todo, esto no es lo que mandata la Ley de Tribunales de Familia o la más reciente Ley sobre Garantías. Así, el primer obstáculo identificado con el que se enfrentan los niños al momento de ejercer su derecho a ser oídos en Tribunales de Familia tiene que ver con *quién* entrevista al niño y *en qué contexto*.

En este apartado, en primer lugar, se analizará qué dicen las normas sobre el sujeto obligado a escuchar a los niños en contexto judicial, con relación al principio de intermediación judicial que rige el sistema judicial familiar chileno. En segundo lugar, se realizarán propuestas de aplicación de las leyes vigentes con el objetivo de asegurar el cumplimiento efectivo del derecho de los niños a ser oídos en contexto judicial.

### 1. Intermediación judicial para oír al niño

Tal como se analizó en la primera sección de este trabajo, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 12 número 1 que debe darse al niño la oportunidad de ser escuchado «*ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado*». En virtud de esta norma podría entenderse ejercido el derecho del niño a ser oído en las causas de protección por vulneración de derechos a través de los informes periciales o de diagnóstico<sup>19</sup>. Sin embargo, hay una diferencia fundamental en

---

hago audiencias a niños, si no que tomo en cuenta el interés del niño a partir de la opinión que me da la consejera técnica de lo que el niño le dijo a ella». Sin embargo, los informes psicosociales han sido gravemente cuestionados por motivos como recurrir a la copia o «repetir frases tipo y con carencia de fundamentos argumentales relacionados con el caso concreto». En este sentido, véanse MILLÁN Y VILLAVICENCIO (2002), p. 55; Chile, Proyecto de Ley Boletín 16.286-07, pp. 11-12.

<sup>17</sup> VARGAS PAVEZ Y CORREA CAMUS (2011), p. 191.

<sup>18</sup> GARCÍA-QUIROGA *et al.* (2023), p. 123.

<sup>19</sup> En esta línea, DÍAZ PANTOJA (2021), p. 289, considera los peritajes e informes diagnósticos como una opción más a través de la cual los niños pueden satisfacer su derecho a ser escuchados. Las otras opciones serían las audiencias reservadas y la escucha a través del curador *ad litem*. Asimismo, en el estudio de VARGAS PAVEZ Y CORREA CAMUS (2011), p. 187, se señalan como mecanismos de recuperación de la voz de los niños la audiencia reservada, los peritajes e informes diagnósticos, y el curador *ad litem*.

cuanto a la finalidad que se persigue entre los informes de diagnóstico o peritajes y el trámite de escuchar la opinión del niño en contexto judicial.

Los informes de diagnóstico o peritajes buscan orientar la decisión del juez de adoptar o no una medida de protección, recabando la información familiar, escolar y social necesaria para dilucidar sobre la ocurrencia de una vulneración de derechos respecto del niño en cuestión. El artículo 80 de la Ley de Tribunales de Familia, sobre la suspensión, modificación y cesación de medidas de protección, permite al tribunal «solicitar un informe psico-social actualizado del niño, niña o adolescente» en caso de que lo considere necesario para resolver. Es en ese contexto en el que, en algunos casos, se entrevista al niño respecto de quien se está evaluando si sufrió o no una vulneración de derechos. Así, durante la entrevista de diagnóstico puede que el niño llegue a expresar su opinión sobre el procedimiento judicial y la medida que podría eventualmente afectarlo, pero puede también darse el caso de que no surja el tema durante la conversación. La entrevista de diagnóstico no tiene como finalidad recabar la opinión del niño sobre el asunto que le está afectando, sino evaluar la ocurrencia o no de una vulneración<sup>20</sup>. Por lo tanto, el profesional a cargo del diagnóstico no tiene dentro de sus propósitos principales recabar la opinión del niño y así consta en los expedientes.

Es necesario destacar que, a diferencia de muchos jueces, los profesionales a cargo de los diagnósticos o pericias son mayormente profesionales del área psicosocial (psicólogos o trabajadores sociales) que cuentan con las herramientas necesarias para realizar la entrevista de los niños. En este sentido, podría considerarse conveniente que sea un profesional del área psicosocial y no el juez la persona idónea para entrevistar a los niños. Sin embargo, con el solo informe de diagnóstico no debiera entenderse ejercido el derecho de los niños a ser oídos a lo largo del procedimiento, ya que, como se analizó, estos no persiguen esa finalidad. Es más, el contenido de los informes en muchos casos puede ser distinto o incluso contrario a la opinión del niño<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> En este sentido, VARGAS PAVEZ Y CORREA CAMUS (2011), p. 192, relevan que «el objetivo de los informes periciales o de diagnóstico no es recoger los deseos y sentimientos de los niños [...]. Las pericias son medios de pruebas, cuya finalidad es aportar información experta al juez acerca de los hechos, sucesos o personas involucradas en el caso. Se trata de evaluaciones técnicas formuladas por una persona que tiene conocimientos en una determinada ciencia o arte, quien luego debe emitir un informe ante el juez».

<sup>21</sup> Resulta relevante leer la opinión del juez II del estudio de GARCÍA-QUIROGA *et al.* (2023), p. 122: «Yo creo que en todos los casos ha sido bien importante escuchar a los niños, los papeles te dicen de repente algo y uno al escuchar a un niño puede tener una opinión incluso diferente a lo que el papel te dice».

Además de la diferencia del fin perseguido por los informes de diagnóstico o periciales, hay otra discrepancia en cuanto al contenido de lo expresado. Los niños tienen el derecho a ser oídos respecto de cualquier asunto que les afecte. Son los niños los sujetos activos del derecho ya que es su opinión la que debe expresarse y ser oída por quienes finalmente adopten las decisiones. Así, al escuchar la opinión de los niños de manera indirecta, esto es, a través de informes periciales o de diagnóstico, se incurre en el riesgo de que sean las opiniones de terceros las que se expresen y no las de los mismos niños. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha advertido esta amenaza y recalca la importancia de que, en caso de escuchar a los niños por medio de un representante, este pueda transmitir de manera correcta las opiniones del niño al responsable de adoptar las decisiones<sup>22</sup>. Con todo, «el Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento»<sup>23</sup>.

Más aún, la Ley sobre Garantías señala expresamente en su artículo 28 que «*los niños, niñas y adolescentes podrán manifestar su opinión por sí mismos o a través de la persona que designen*». De esta manera, se estaría marcando una diferencia con lo expresado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual se permite que eventualmente sea un *órgano apropiado* quien escuche al niño. La Ley sobre Garantías establece que solamente el niño o la persona que el mismo niño designe pueden manifestar la opinión del niño ante el encargado de su escucha. Solo en los casos en que esto no fuera posible la ley permite que los órganos de la Administración o la autoridad judicial dispongan de las medidas necesarias para el cumplimiento del derecho<sup>24</sup>. Así, la expresión de la opinión de los niños por parte de terceros pasa a ser una forma subsidiaria (y no alternativa) de cumplimiento del derecho de los niños a ser oídos, que puede utilizarse en los casos en que no fuera posible que el mismo niño exprese su opinión de manera directa o a través del representante que el niño designe.

Esto lleva a cuestionarse cuáles serían esos casos en que se permitiría el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos ante terceros distintos del juez. La Ley sobre Garantías no da mayores directrices al respecto. ¿En qué casos no sería posible la escucha directa o a través de la persona que el niño designe? Carretta Muñoz y Barría Bahamondes mencionan, a partir del ordenamiento jurídico italiano, dos motivos por los que el juez podría

---

<sup>22</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 36.

<sup>23</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 35.

<sup>24</sup> Chile, Ley 21.430, artículo 28 inciso tercero.

decidir no escuchar a los niños: «Uno, si estima que hacerlo contrasta con su interés superior y, dos, si el trámite, a la luz de los antecedentes, es manifiestamente superfluo»<sup>25</sup>. En el mismo sentido, el Proyecto de Ley Boletín 16.286-07 propone incorporar un nuevo artículo 16 ter a la Ley 19.968, en virtud del cual el juez podría excepcionalmente decidir fundadamente no entrevistar al niño, «*mediante resolución basada en su interés superior o en el evento de que el trámite sea manifiestamente innecesario de acuerdo con las circunstancias del caso*»<sup>26</sup>. Con todo, esta facultad no regiría cuando el niño pida expresamente ser escuchado. En estos casos excepcionales en que no es posible escuchar directamente a los niños, los encargados de su escucha podrían eventualmente considerar rescatar la voz de los niños a través de los informes periciales o de diagnóstico que se hayan presentado a lo largo del proceso.

La Ley sobre Garantías es coherente con el principio de intermediación judicial que rige a los Tribunales de Familia<sup>27</sup>, en virtud del cual «*las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones*»<sup>28</sup>. Continúa el artículo 12 de la ley: «*El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido y con las que se reciban conforme a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 61*». Específicamente sobre los procedimientos de aplicación de medidas de protección, el artículo 72 de la Ley de Tribunales de Familia establece la obligación del juez de citar a la audiencia preparatoria «*al niño, niña o adolescente*», lo que da cuenta de la intención de la ley de que sea el mismo tribunal quien tenga un contacto directo y personal con los niños en este tipo de casos.

Asimismo, el artículo 78 de la norma ordena a los jueces visitar *personalmente* los establecimientos residenciales en que se cumplan medidas de protección. Esto con el fin de que los tribunales conozcan directamente las circunstancias en las que se encuentran los niños sujetos a una medida de protección. El mismo artículo permite que en las visitas los niños puedan «*prestar libremente su opinión*» a los jueces. En esta línea, para la efectiva aplicación del derecho del niño a ser oído resulta fundamental el respeto al principio de intermediación por el cual los jueces de familia están obligados

<sup>25</sup> CARRETTA MUÑOZ Y BARRÍA BAHAMONDES (2022), p. 274.

<sup>26</sup> Chile, Proyecto de Ley Boletín 16.286-07, p. 35.

<sup>27</sup> Chile, Ley 19.968, artículo 9.

<sup>28</sup> Chile, Ley 19.968, artículo 12.

a formar su convicción de manera personal<sup>29</sup>, evitando así la interferencia de terceros en el relato de los niños<sup>30</sup>.

Podría considerarse como autoridad judicial competente para escuchar la opinión de los niños a los consejeros técnicos, quienes, en virtud del artículo 5 de la Ley 19.968, tienen la función de asesorar «a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad», además de «asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente». Con todo, tal como la norma lo indica, la función principal de los consejeros técnicos es *asesorar* a los jueces, que son finalmente los encargados de adoptar las decisiones relevantes para la vida de los niños sujetos a una medida de protección. En virtud de esto, debiera ser el juez y no otra persona el encargado de escuchar la voz de los niños. Una de las razones que se han señalado para considerar al consejero técnico como la persona idónea para entrevistar a los niños es debido a que tendría mayores *habilidades* para la entrevista<sup>31</sup>. La aparente falta de capacitación de los jueces, en relación con los consejeros técnicos, será tratada más adelante.

Algo similar ocurriría en relación con la figura del curador *ad litem*. El curador, en virtud del artículo 19 de la Ley 19.968 sería un representante designado por el juez en aquellos casos en que este estime que los intereses de los niños son «*independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda legalmente su representación*». Así, la función del curador *ad litem* sería la de representar a los niños en sede judicial. El estudio de causas realizado por la Universidad Finis Terrae da cuenta de que en el 90,4 % de las causas (594 de 657) sobre aplicación de medidas de protección, los niños cuentan con un curador *ad litem* designado por el juez<sup>32</sup>. Sin embargo, al no ser el curador el encargado de tomar las decisiones, sino de representar a los niños, no puede entenderse ejercido completamente el derecho del niño a ser oído cuando es el curador y no el juez el receptor

---

<sup>29</sup> PINTO SALAZAR (2019), p. 349, señala: «Lo legal es que, en materia de protección, el niño debe ser oído directamente».

<sup>30</sup> Esto ha sido relevado por estudios empíricos en los que se ha entrevistado a jueces de familia y se les ha preguntado sobre su opinión en esta materia. Los resultados muestran que los jueces valoran poder hablar con los niños de manera personal con el fin de obtener información directa y evitar interferencia de terceros. En este sentido, véanse FUENTES MAUREIRA Y GARCÍA ODGERS (2015), p. 69; GARCÍA-QUIROGA *et al.* (2023), p. 130; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2018), p. 129; y MASON (2003), p. 126.

<sup>31</sup> En CARRETTA MUÑOZ (2018c), p. 127, se menciona la opinión de un juez que señala: «Entrevisto a los niños generalmente detrás del espejo [en las cámaras Gesell], dejo que lo haga el consejero, porque confío más en sus habilidades para hacerlo».

<sup>32</sup> Resultado de la variable: «¿La víctima cuenta con curador *ad litem*?».

de sus opiniones. En ocasiones, el curador puede escuchar la opinión del niño, pero con el riesgo de transmitir al juez su propia impresión de lo que es mejor para el niño. Esto ha sido advertido por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación número 12 que señala: «Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones»<sup>33</sup>. Con todo, el curador *ad litem* podría ser la persona idónea para transmitir la voz de los niños en aquellos casos en que sea el niño quien lo designe como representante para ejercer su derecho a ser oído<sup>34</sup>.

Una de las razones esgrimidas para no entrevistar directamente a los niños que han sufrido una vulneración de derechos ha sido la posible victimización secundaria<sup>35</sup>. En un estudio empírico realizado por Carretta Muñoz y García-Quiroga, un juez menciona que «el sistema judicial en esencia puede resultar victimizador para personas que tienen daño» porque hace «reflotar y recordar los mismos hechos que produjeron este daño»<sup>36</sup>. Sin embargo, no todo procedimiento de escucha de la opinión de un niño tiene que implicar consecuencias negativas para este.

No es vulneratorio en sí mismo el ejercicio del derecho a ser oído por parte de los niños ante una autoridad judicial o administrativa. Lo que puede resultar eventualmente hostil o traumático para los niños son el entorno poco seguro en el que se da la escucha, la falta de información entregada sobre la actuación a realizar, la poca preparación del entrevistador o el desconocimiento de los niños respecto de los adultos que participan de la audiencia. En palabras del magistrado Felipe Pulgar Bravo, «el espacio en sí mismo no es dañino, lo puede ser la falta de competencias del entrevistador. Por lo que este, mal preparado, no puede limitar el ejercicio del derecho fundado en prejuicios como la edad, sino capacitarse y garantizar su ejercicio»<sup>37</sup>. En este sentido, la solución ante estas falencias no es en ningún caso que se omita la participación de los niños en los procesos que les afectan, sino que los Estados y los encargados de la escucha están

---

<sup>33</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 36.

<sup>34</sup> Chile, Ley 21.430, artículo 28.

<sup>35</sup> Véanse KRAUSZ BITRÁN (2021), p. 63; GARCÍA-QUIROGA *et al.* (2023), p. 126; Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 21; y TRONCOSO VERGARA Y PUYOL WILSON (2014), pp. 95-96.

<sup>36</sup> CARRETTA MUÑOZ Y GARCÍA-QUIROGA (2021), p. 486.

<sup>37</sup> PULGAR BRAVO (2021), p. 409.



obligados a asegurar condiciones de protección para los niños que expresan su opinión<sup>38</sup>.

En materia penal, en enero de 2018 se dictó la Ley 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales (Ley de Entrevistas Videogradas). Esta norma significó un cambio respecto de la interacción entre los niños y el procedimiento judicial penal. Tal como se menciona en su artículo primero, tiene como objeto prevenir la victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de algunos delitos. A pesar de que las lógicas que existen en la justicia de familia y en la justicia penal son completamente distintas, ya que la primera se dirige a la protección de la familia mientras que la segunda tiene como fin lograr el castigo de quienes comentan un delito<sup>39</sup>, hay ciertos criterios incorporados en virtud de la Ley de Entrevistas Videogradas que pueden resultar útiles en orden a asegurar una participación «segura y amigable»<sup>40</sup> de los niños en los procedimientos de aplicación de medidas de protección en sede familiar. Esto considerando que en los procedimientos de adopción de medidas de protección respecto de niños de Tribunales de Familia también interactúan niños que han sido posiblemente víctimas de una vulneración de derechos, sea o no constitutiva de delito.

## 2. Criterios a partir de entrevistas videogradas

En virtud de lo anterior, en este trabajo se propone que se recoja en sede familiar algunos criterios adoptados por la Ley 21.057 en sede penal. Como se mencionó, no cabe duda de que los procesos judiciales en ambas sedes son distintos y están enfocados a fines diversos, por ende, ambos procedimientos judiciales se rigen por parámetros propios. Sin embargo, se pueden encontrar puntos de contacto en virtud de los cuales resulta posible la pretensión de trasladar a la sede familiar algunos criterios ya en marcha en sede penal, los que, siempre adaptados según las pautas y métodos propios de la justicia de familia, podrían resultar útiles y beneficiosos para lograr

---

<sup>38</sup> Véanse Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 21; y CARRETTA MUÑOZ (2018a), p. 109.

<sup>39</sup> En palabras de CARRETTA MUÑOZ Y GARCÍA-QUIROGA (2021), p. 87, en la justicia de familia, el niño «es un fin en sí mismo, a diferencia de lo que acontece en un proceso punitivo, que es principalmente un medio para satisfacer los objetivos de la justicia penal».

<sup>40</sup> CARRETTA MUÑOZ Y GARCÍA-QUIROGA (2021), p. 490, señalan que se trata de «poder considerar de qué forma y con qué herramientas se garantiza [la participación de los niños] de manera segura y amigable».

la protección de los derechos de los niños en contacto con los Tribunales de Familia. Los criterios de la Ley de Entrevistas Videograbadas que se podrían recoger y adaptar en sede familiar son los siguientes:

a) Formación especializada del entrevistador

Una de las falencias que más han levantado distintos estudios sobre el ejercicio del derecho a ser oído en procedimientos judiciales de familia tiene que ver con la falta preparación del personal judicial<sup>41</sup>. En este sentido, en observaciones realizadas al Estado de Chile en 2018, el Comité de los Derechos del Niño menciona que los jueces de familia no tienen «un conocimiento preciso de los recursos alternativos a la internación, ni el tiempo necesario para el estudio de cada caso individual, ni la capacitación para saber cuál es la medida social más adecuada» para cada niño<sup>42</sup>. Para asegurar una entrevista efectiva resulta esencial que el encargado de la escucha se encuentre capacitado no solo en materia de derechos de la niñez y adolescencia, sino también en materia de entrevistas a niños<sup>43</sup>.

En este sentido, el artículo 19 de la Ley 21.057 crea una serie de requisitos a la persona encargada de entrevistar a niños que hayan sido víctimas de los delitos contemplados en la ley. La norma exige que el entrevistador tenga tanto formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial a niños, niñas o adolescentes, como una acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Una exigencia similar podría recogerse en sede familiar respecto de los jueces de familia encargados de escuchar la opinión de los niños durante el procedimiento.

La propuesta anterior es coherente con lo exigido por el último inciso del artículo 50 de la Ley sobre Garantías, en virtud del cual los órganos del Estado deben asegurar progresivamente «una efectiva especialización de todos los funcionarios cuyas tareas tengan relación con la protección de los

---

<sup>41</sup> FUENTES MAUREIRA Y GARCÍA ODGERS (2015), p. 70: «Muchos jueces no creen que estén debidamente capacitados para hablar con los niños». GARCÍA-QUIROGA *et al.* (2023), p. 127: «Los jueces indican que no existen protocolos o capacitaciones formales que los preparen para entrevistar niños, generando que cada juez utilice su propio criterio para diseñar las entrevistas». FUENTES MAUREIRA (2015), p. 950: «Las preguntas que aquejan a la jueza 3 dan cuenta de dudas elementales, como no saber de qué forma actuar, cómo acercarse al niño, qué preguntar y cómo evaluar la información provista por este». Véanse también VARGAS PAVEZ Y CORREA CAMUS (2011), p. 184; ETCHEBERRY COURT Y FUENTES MAUREIRA (2017), pp. 128 y 133; SALINAS (2022), pp. 53-55.

<sup>42</sup> Véase Comité de los Derechos del Niño (2018), párrafo 127.

<sup>43</sup> MASON (2003), p. 126, propone incluir en el proceso «especialistas en escuchar la voz de los niños».

*derechos del niño, niña o adolescente, y en particular, la formación continua y certificación periódica de letrados especializados en la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes*». La norma es bastante exigente en cuanto a la especialización *efectiva* requerida de *todos los funcionarios* que realicen tareas relacionadas a la protección de derechos de los niños. En este sentido, resulta evidente que dentro de los sujetos obligados a dicha especialización se encuentran los jueces de familia, consejeros técnicos, curadores *ad litem*, abogados litigantes en materia de familia, funcionarios de las Oficinas Locales de la Niñez, funcionarios y trabajadores del Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, entre muchos otros.

Es imperativo exigir a los jueces y otros actores relevantes en materia judicial, de manera progresiva, una especialización *efectiva* en entrevistas a niños, así como una *formación continua* y permanente en la materia<sup>44</sup>. Así, es crucial la labor que puede cumplir al respecto la Academia Judicial, que, en virtud del artículo 14 de la Ley 19.346, es el órgano encargado del perfeccionamiento de los integrantes del Poder Judicial y de «*actualizar sus conocimientos en materias propias de los cargos que desempeñen*». Dentro de los cursos que ofrece la Academia Judicial, existen algunos sobre entrevistas a niños en materias de familia<sup>45</sup>, y su implementación debiera ser obligatoria para todos aquellos jueces que en la práctica entrevisten a niños (tal como es obligatoria la capacitación en entrevistas en sede penal). De esta manera, se estaría dando cumplimiento a lo mandado por la Ley sobre Garantías y se concretaría de mejor manera el principio de inmediatez judicial en materia de derecho del niño a ser oído en procedimientos judiciales de familia. En palabras del Comité de los Derechos del Niño, «los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación de los niños»<sup>46</sup>.

## b) Entornos adecuados para la escucha

El Comité de los Derechos del Niño hace bastante énfasis en el ambiente o entorno en el que se debe dar la participación de los niños. En este sentido, señala que los Estados parte deben «ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado»<sup>47</sup>, y garantizar «un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus

---

<sup>44</sup> Véanse CARRETTA MUÑOZ Y GARCÍA-QUIROGA (2021), p. 492; y CARRETTA MUÑOZ Y BARRÍA BAHAMONDES (2022), p. 276.

<sup>45</sup> La lista completa de programas de perfeccionamiento está disponible en <https://tipg.link/foJ2>.

<sup>46</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 134.

<sup>47</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 11.

opiniones»<sup>48</sup>. Además, indica que «no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad»<sup>49</sup>. Así, para asegurar la participación de los niños resulta primordial que el entorno en el que se desarrolle la escucha sea el adecuado.

Los artículos 20 y 21 de la Ley 21.057 señalan que la entrevista a los niños debe ser realizada en «*dependencias especialmente acondicionadas para ello, con los implementos adecuados en atención a la edad y a la etapa evolutiva del niño, niña o adolescente*». Además, se exige que en la realización de las entrevistas se proteja la privacidad de la interacción con los niños, se resguarde su seguridad, se permita controlar la presencia de participantes y que los espacios sean tecnológicamente adecuados para videograbar el relato de los niños.

Sobre el entorno en el que debe darse la entrevista en sede familiar, la Ley 19.968 se refiere a ello de manera superficial en el artículo 69, según el cual, para efectos de la comparecencia de los niños durante el procedimiento, el juez podrá escucharlos en audiencias «*en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica*». Por otra parte, la Ley sobre Garantías, en el artículo 28, se refiere a las condiciones que se deben resguardar en el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos: discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación. Asimismo, en el artículo 72 se refiere al ambiente adecuado que debe propiciarse en el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos ante las Oficinas Locales de la Niñez.

Esto debiera ser suficiente para exigir las condiciones óptimas en procedimientos de adopción de medidas de protección respecto de niños que han sido objeto de vulneraciones de derechos. Con miras a estandarizar los criterios de los tribunales y a salvaguardar las condiciones de todos los niños que expresan su opinión durante los procedimientos de familia, se propone la adopción de un protocolo judicial en virtud del cual se materialicen los estándares contemplados en la ley con relación al entorno que debe primar al momento de entrevistar a un niño en sede familiar.

En algunos tribunales de familia del país se han instalado salas Gesell con el objetivo de generar entornos adecuados para la escucha de los niños. Sin embargo, estas salas no están disponibles en todos los tribunales, lo que ha impedido su estandarización a nivel nacional. Además, se ha cuestionado su uso en cuanto a la intermediación<sup>50</sup>. Un estudio empírico realizado en 2018 da cuenta de que hay poca voluntad por parte de los

<sup>48</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 23.

<sup>49</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 34.

<sup>50</sup> En este sentido, véase LEPÍN Y LAMA (2020), p. 784.

jueces para usarlas<sup>51</sup>. El mismo diagnóstico es compartido por otro estudio realizado en 2021, que señala que la mayoría de los jueces entrevistados «las considera poco útiles y prescindibles»<sup>52</sup>. Con todo, la opinión de los niños difiere de la de los jueces, ya que «mencionan la sala Gesell como un ambiente favorable»<sup>53</sup>. En este sentido, podría considerarse la sala Gesell como el entorno adecuado para escuchar a los niños en sede judicial familiar «aún más, si no hay otra alternativa en la judicatura de familia chilena»<sup>54</sup>.

### c) Limitar la participación de terceros en las entrevistas

El artículo 8 de la Ley 21.057 señala que en la entrevista investigativa videograbada solo estarán presentes el entrevistador y el niño. En cambio, en el ámbito de justicia familiar no está regulado de manera expresa quiénes pueden participar de la audiencia. Esta omisión provoca que en la práctica quede a criterio de cada juez de familia quiénes participan de la audiencia reservada: curadores *ad litem*, consejeros técnicos, familiares de los niños, profesionales del ámbito de la psicología, entre otros<sup>55</sup>.

Puede que en sede familiar sea necesaria mayor flexibilidad en cuanto a la participación de distintos intervinientes en cada caso particular, por ejemplo, según quién haya sido denunciado como autor de la vulneración de derechos del niño en concreto. Sin embargo, debiera estar de alguna manera estandarizado a quién se permite participar de las audiencias reservadas<sup>56</sup>. En esta línea, los resultados de un estudio empírico realizado en 2021 señalan que, en general, los niños «refieren que se sienten más cómodos y les resulta más confiable un ambiente en el que estén presentes menos adultos»<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> CARRETTA MUÑOZ (2018c), p. 130.

<sup>52</sup> CARRETTA MUÑOZ Y GARCÍA-QUIROGA (2021), p. 485.

<sup>53</sup> CARRETTA MUÑOZ Y GARCÍA-QUIROGA (2021), p. 488.

<sup>54</sup> CARRETTA MUÑOZ (2018c), p. 137.

<sup>55</sup> El estudio de causas realizado por la Universidad Finis Terrae muestra que en nueve de las veintiún causas en las que se escuchó al niño no se entregan antecedentes de quiénes participan en la entrevista, en siete causas participaron profesionales del ámbito psicosocial, en tres causas participó el consejero técnico, en una causa participaron ambos padres y en cuatro causas participó el curador *ad litem*. Tampoco se deja constancia explícita en los expedientes de la participación del juez en todos los casos. En este sentido, véase ETCHEBERRY COURT Y FUENTES MAUREIRA (2017), p. 131.

<sup>56</sup> En palabras de AHUMADA BISQUETT (2019), p. 254: «Incluso hay casos en que se ha prohibido la presencia del curador *ad litem*, contrariando el interés y la voluntad del niño, niña o adolescente».

<sup>57</sup> Véase CARRETTA MUÑOZ Y GARCÍA-QUIROGA (2021), p. 488. Los autores concluyen

A modo de síntesis, para superar el primer obstáculo en el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos en procedimientos de aplicación de medidas de protección, en este apartado se propone rescatar tres criterios contemplados en la Ley de Entrevistas Videogradas y recogidos también de distintas maneras en la Ley sobre Garantías. Los temores que pueden existir por parte de tribunales al momento de escuchar a los niños (evitar la victimización secundaria, la falta de capacitación y especialización, entre otros) no pueden resultar en un ejercicio deficiente del derecho de los niños a ser oídos. Por el contrario, se debe buscar escuchar al niño en un ambiente protegido, evitando los eventuales daños y contando con profesionales capacitados en el cumplimiento de dicha labor.

Con todo, si el juez en un caso concreto llegara a la convicción de que el ejercicio del derecho del niño a ser oído durante el procedimiento causaría necesariamente un menoscabo en su bienestar, entonces el administrador de justicia debe explicitar de manera clara y justificada su decisión de no escuchar al niño de manera directa, además de solicitar un informe pericial cuyo objetivo sea escuchar la opinión del niño en el caso concreto (y no una evaluación general de la situación del niño).

Tanto en los casos en que no se escucha al niño directamente por el tribunal<sup>58</sup> como en aquellos casos en que sí se ejerce efectivamente el derecho, los magistrados tienen el deber de dejar constancia en sus sentencias, pero en la gran mayoría de los casos esto no se cumple. En el siguiente apartado se analizará el segundo gran obstáculo al que se enfrentan los niños al momento de ejercer su derecho a ser oídos en procedimientos de aplicación de medidas de protección, que tiene que ver con la etapa de escucha.

#### IV. PONDERACIÓN JUDICIAL DE LA OPINIÓN DEL NIÑO

De las 657 causas analizadas en el estudio realizado por la Universidad Finis Terrae, solo en tres de ellas el tribunal deja constancia expresa en la sentencia de cómo se tomaron debidamente en cuenta las opiniones de los niños al momento de adoptar o no una medida de protección<sup>59</sup>. Esto

---

que «desde la perspectiva de los niños, sería positivo reducir el número de adultos presentes en la audiencia», p. 492.

<sup>58</sup> El ejercicio del derecho es una facultad para los niños, quienes pueden optar finalmente por no ser oídos directamente por el tribunal.

<sup>59</sup> Resultado en torno a la variable: «¿El juez tomó en consideración la opinión del niño al momento de adoptar las medidas?». El resultado es drásticamente inferior a un dato relevado por MILLÁN Y VILLAVICENCIO (2002), p. 54, quienes señalan que en un estudio solo en el «10 % de los casos las sentencias invocan o toman debidamente en consideración los dichos de los niños, niñas y adolescentes».

da cuenta de una realidad que ha sido estudiada por la doctrina, y es que por regla general los jueces no se hacen cargo en sus sentencias sobre la opinión de los niños a lo largo del procedimiento<sup>60</sup>. Esta sería la segunda gran barrera a la que se enfrentan los niños al ejercer su derecho a ser oídos durante los procedimientos de adopción de medidas de protección por vulneración de derechos.

Distintos autores han distinguido etapas en el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos. Es el caso de Nicolás Ibáñez Meza, quien diferencia el derecho de los niños a expresarse del derecho a ser oídos y a ser escuchados<sup>61</sup>. El obstáculo que se analiza en este apartado tiene que ver con esa tercera etapa de escucha efectiva de las opiniones de los niños.

Tanto la convención como la Ley sobre Garantías hacen referencia a la etapa de escucha. El artículo 12 número 1 de la convención obliga a quien recibe la opinión de los niños a tenerlas «*debidamente en cuenta*» en función de su edad y madurez. A su vez, en virtud del artículo 28 de la Ley sobre Garantías los niños tienen derecho a que sus opiniones sean oídas y «*debidamente consideradas*». De esta manera, el derecho no se encuentra plenamente ejercido sino hasta que las opiniones de los niños son efectivamente consideradas<sup>62</sup>. Sin embargo, el diagnóstico a partir del estudio de causas y de estudios anteriores<sup>63</sup> da cuenta de una realidad distinta: no se expresa en las sentencias en qué medida las opiniones de los niños fueron tomadas en cuenta, lo que en la práctica significa que estas no fueron consideradas por los encargados de adoptar las decisiones.

Este problema tiene que ver principalmente, en materia de aplicación de medidas de protección en sede familiar, con la práctica de la audiencia reservada o confidencial. Tal como se analizó en el apartado anterior, los jueces de familia, dando cumplimiento al inciso segundo del artículo 69

---

<sup>60</sup> Véanse FUENTES MAUREIRA Y GARCÍA ODGERS (2015), pp. 57-58 y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2018), p. 129. PINTO SALAZAR (2019), p. 348, señala con relación a una causa de familia: «No dejó trazas el fallo del ejercicio del derecho a ser oídas de estas niñas, al menos de la de seis años, o de los motivos para prescindir de ello». A su vez, indican VARGAS PAVEZ Y CORREA CAMUS (2023), p. 190: «La opinión de los niños es rara vez recogida en los fallos de los jueces, y en los casos en que se refieren a ella no se entrega información acerca de su contenido y el peso que se confirió».

<sup>61</sup> Véase IBÁÑEZ MEZA (2023), pp. 25-38. Asimismo, LATHROP (2004), p. 208, distingue entre oír, escuchar y tomar debidamente en cuenta la opinión de los niños.

<sup>62</sup> En este sentido, en la sentencia de la Corte Suprema de 6 de noviembre de 2019, rol 41.427-18, se considera que «*el que el niño haya declarado reservadamente ante el juez de familia, mas no haya sido ponderado como un criterio relevante para la decisión, equivale a no ser oído, pues eso viene a significar su ausencia de consideración*».

<sup>63</sup> Véase VARGAS PAVEZ Y CORREA CAMUS (2011).

de la Ley 19.968, con el fin de escuchar la opinión del niño durante el procedimiento, realizan una audiencia reservada. Dicha instancia no está mayormente regulada (a diferencia de la entrevista videograbada en sede penal), por lo que queda a criterio de cada juez si se celebra o no, quién participa de la audiencia y en qué medida el contenido de la audiencia es comunicado a las partes del proceso<sup>64</sup>. La reserva de la audiencia está pensada principalmente para proteger a los niños y para asegurar que puedan expresar sus opiniones de manera libre, sin injerencias o presiones de terceros. Sin embargo, en la práctica la confidencialidad de la audiencia se traduce en que los jueces y quienes ellos decidan que participen son los únicos que conocen las opiniones de los niños. Esto impide que haya una evaluación posterior sobre el cumplimiento o no del derecho de los niños a que sus opiniones sean debidamente consideradas. La forma de asegurarlo es que se señale de manera expresa en la sentencia.

La única constancia que queda en el proceso es el hecho de haberse realizado una audiencia reservada, pero no se explicita cuánto duró dicha audiencia ni cuál fue la opinión del niño expresada durante ella<sup>65</sup>. Al no señalar en la sentencia la forma en la que se consideró la opinión del niño para adoptar la decisión, el tribunal estaría incumpliendo su deber tanto legal como convencional de tomar debidamente en cuenta las opiniones de los niños<sup>66</sup>. Esto puede dar lugar a que los jueces entrevisten a los niños en audiencias reservadas como una instancia simbólica para dar cumpli-

<sup>64</sup> Esto podría cambiar de aprobarse el Proyecto de Ley Boletín 16.286-07. La iniciativa propone incorporar los artículos 16 ter y 16 quáter a la Ley 19.968. En virtud del artículo 16 ter se regularía el ejercicio de la audiencia confidencial para escuchar a los niños en procedimientos de familia. Parte de lo que se propone es que el juez deba asistir personalmente, asistido por el consejero técnico. Además, se exige que la audiencia se desarrolle en un ambiente adecuado, que el niño sea previamente informado de la actuación, que manifieste su consentimiento a ser entrevistado y que la entrevista sea grabada, entre otros. El artículo 16 quáter se refiere a una eventual audiencia confidencial ante los tribunales superiores.

<sup>65</sup> Para esta ausencia de control respecto de la práctica de la audiencia reservada, véase FUENTES MAUREIRA Y GARCÍA ODGERS (2015).

<sup>66</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2018), p. 131; ETCHEBERRY COURT Y FUENTES MAUREIRA (2017), p. 139; GREEVEN BOBADILLA Y CARRETTA MUÑOZ (2021) p. 19. En este sentido, en el caso *Atala Riffó y Niñas con Chile* la Corte Interamericana condenó al Estado de Chile por considerar que este habría violado el derecho de las niñas a ser oídas, al no haber dado cumplimiento a la obligación de «tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no se va a tomar en cuenta la opinión del niño o la niña», Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012, párrafo 206.



miento formal al derecho de los niños a ser oídos, sin considerar seriamente las opiniones de los niños al momento de adoptar o no una medida.

Tanto la Ley de Tribunales de Familia como la Ley sobre Garantías exigen que conste en las sentencias la forma en la que se tomaron en cuenta las opiniones de los niños. Los artículos 65 y 66 de la Ley 19.968 se refieren a la sentencia y al contenido de esta, respectivamente. Según el artículo 65, el juez debe comunicar a las partes su resolución «*indicando los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla*». A su vez, el artículo 66 exige que la sentencia definitiva contenga «*el análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión*». Así, la Ley de Tribunales de Familia exige de manera expresa la fundamentación de las sentencias, esto es, que conste en la resolución la justificación que se tuvo en orden a aplicar la medida en particular.

La fundamentación anterior requiere señalar en qué medida se tuvo en consideración la opinión de los niños a lo largo del proceso, al ser un derecho de los niños el que se tengan «debidamente en cuenta» sus opiniones<sup>67</sup>. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño «alienta a los Estados parte a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño»<sup>68</sup>.

Por una parte, la transcripción literal de la voz de los niños en las sentencias podría comprometer la confidencialidad requerida para el ejercicio de los derechos de los niños, así como significar un desincentivo para que los niños ejerzan su derecho durante el proceso. Por la otra, el Comité de los Derechos del Niño recomienda «que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad»<sup>69</sup>. ¿Cómo lograr, entonces, que los jueces fundamenten en sus sentencias en qué medida se escuchó la opinión de los niños sin transgredir la confidencialidad e intimidad necesarias de la audiencia? En primer lugar, como ya se ha razonado, los jueces deben cumplir con su obligación de señalar a lo menos si se escuchó o no a los niños durante el proceso, y de no haberlo hecho, deberán indicar las razones. En segundo lugar, y dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, debiera quedar constancia en las sentencias de las impresiones generales dadas por el niño en el ejercicio

---

<sup>67</sup> El Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 134, señala: «Los niños tienen derecho también a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado».

<sup>68</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 33.

<sup>69</sup> Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafo 43.

de su derecho a ser oído<sup>70</sup>. Tal vez no sea necesario que se exponga en detalle todo lo dicho por el niño en audiencia reservada, pero sí es importante que el juez incorpore en su argumentación «de manera no textual ni explícita los hechos, antecedentes o situaciones señaladas por el niño, ponderándolos con los demás antecedentes de la causa para poder llegar a una decisión final»<sup>71</sup>.

En este sentido, resulta interesante la propuesta que se hace en el Proyecto de Ley Boletín 16.286-07, que propone agregar el siguiente inciso segundo al artículo 66 de la Ley 19.968:

*En caso de que el asunto afecte los intereses de un niño, niña o adolescente, el juez deberá indicar si este fue oído directamente en el proceso o, en su caso, las razones fundadas que tuvo para no hacerlo. Asimismo, deberá indicar cómo se evaluaron y ponderaron los criterios del artículo 7 de la Ley 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, y qué otros criterios se utilizaron para determinar el interés superior del niño en el caso concreto*<sup>72</sup>.

Así, no debiera exigirse al juez que transcriba la opinión del niño en la sentencia, pero sí que indique si el niño fue o no oído, que justifique en caso de que no lo haya escuchado, y que señale la evaluación de los criterios para determinar el interés superior del niño contemplados en la Ley sobre Garantías, u otro criterio que se haya tomado en cuenta.

Es importante recordar que el derecho de los niños a que sus opiniones sean debidamente consideradas no se traduce necesariamente en que los tribunales fallen a favor de los deseos de los niños, así como tampoco los tribunales resuelven en juicio lo que los adultos quieren<sup>73</sup>. La opinión de los niños es uno de los factores a considerar al momento de adoptar la mejor decisión en miras a su interés superior<sup>74</sup>. La Ley sobre Garantías reconoce la opinión que el niño expresa como uno de los criterios (mas

---

<sup>70</sup> CARRETTA MUÑOZ Y BARRÍA BAHAMONDES (2022), p. 269, señalan que «la percepción de los jueces apunta a que el antagonismo antes mencionado entre los derechos del niño, niña o adolescente y los de las partes podría hipotéticamente alcanzar un equilibrio (si es que) la ley aclarase, en términos del proceso, que deben vertirse ciertas cuestiones generales de lo que el niño dice en la audiencia».

<sup>71</sup> CARRETTA MUÑOZ Y BARRÍA BAHAMONDES (2022), p. 266.

<sup>72</sup> Chile, Proyecto de Ley Boletín 16.286-07, p. 41.

<sup>73</sup> Véanse GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2018), p. 128; PULGAR BRAVO (2021), p. 411; y COUSO (2006), p. 154.

<sup>74</sup> Para profundizar en la relación entre interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído, véanse Comité de los Derechos del Niño (2009), párrafos 70-74; Comité de los Derechos del Niño (2013), párrafos 43-45; y KRAUSZ BITRÁN (2021), pp. 54-57.

no el único) para determinar el interés superior del niño en el caso concreto<sup>75</sup>. Sin embargo, para determinar el interés superior del niño el juez tiene que también considerar los otros derechos del niño; la opinión de sus padres; su bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social; su identidad; su autonomía y grado de desarrollo; cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten; y cualquier otra circunstancia que resulte pertinente en el caso concreto<sup>76</sup>.

El procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección, como su nombre lo indica, tiene la finalidad de asegurar la protección de los niños cuyos derechos han sido amenazados o vulnerados. El juez debe estipular si es necesario o no adoptar una medida de protección respecto de un niño, teniendo como principio rector su interés superior. Para poder determinar el interés superior de los niños, el juez debe tener necesariamente en cuenta la opinión que ellos mismos expresen, lo que alguna parte de la doctrina ha considerado como el *interés manifiesto*<sup>77</sup>. Sin embargo, como se explicó antes, la misma Ley sobre Garantías menciona otros factores para tener en cuenta en orden a determinar el interés superior del niño en el caso concreto. La opinión que el niño tenga respecto de la aplicación o no de la medida durante el procedimiento no es vinculante para el tribunal. La obligación de fundamentar en qué medida se tomó debidamente en consideración la opinión de los niños sí lo es.

En síntesis, respecto de la segunda barrera a la que se enfrentan los niños al momento de ejercer su derecho a ser oídos en procedimientos de aplicación de medidas de protección, se propone, en coherencia con los artículos 65 y 66 de la Ley de Tribunales de Familia, rescatar la obligación legal de los tribunales de explicitar en sus sentencias en qué medida se tomó o no en consideración la opinión de los niños expresada durante el procedimiento<sup>78</sup>. Esto no significa que se tenga la obligación de cumplir los deseos de los niños<sup>79</sup>, pero sí de justificar en qué medida se consideró su opinión. En los casos en que no sea posible atender las opiniones de

---

<sup>75</sup> Chile, Ley 21.430, artículo 7 letra b).

<sup>76</sup> Chile, Ley 21.430, artículo 7.

<sup>77</sup> Véanse MILLÁN Y VILLAVICENCIO (2002), p. 63; VARGAS PAVEZ Y CORREA CAMUS (2011), pp. 192 y 201; y COUSO (2006), p. 160.

<sup>78</sup> Véanse ETCHEBERRY COURT Y FUENTES MAUREIRA (2017), p. 120; COUSO (2006), p. 155.

<sup>79</sup> ESPADA MALLORQUÍN (2015), p. 260; COUSO (2006), p. 154; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2018), p. 131; y LATHROP (2004), p. 219.

los niños, el inciso final del artículo 28 de la Ley sobre Garantías exige a la autoridad explicar a los niños de un modo comprensible las razones de ello y «*dejar constancia fundada de esta decisión*».

## V. CONCLUSIONES

El derecho de los niños a ser oídos ha sido objeto de amplios debates, tanto respecto del sujeto activo del derecho (quien lo ejerce), del sujeto pasivo (quien escucha), como también del entorno de la escucha, los cauces del procedimiento, las etapas de la escucha, entre muchos otros. En este trabajo se analizó la evolución normativa que ha tenido el derecho desde su reconocimiento en la Convención de los Derechos del Niño (1990) hasta su consagración en la Ley sobre Garantías (2022), además de las diferencias sustanciales que existen entre la normativa internacional y la nacional.

A pesar de la robusta regulación del derecho, distintos estudios empíricos dan cuenta de una realidad abrumadora: en la gran mayoría de los casos de aplicación de medidas de protección respecto de niños, niñas y adolescentes que han sido presumiblemente vulnerados en sus derechos, los niños no son oídos directamente por el tribunal. El hallazgo dio lugar a esta investigación con el objetivo de descubrir los principales obstáculos a los que se enfrentan los niños al momento de ejercer su derecho a ser oídos, y se lograron identificar dos barreras. En primer lugar, que los niños no son escuchados directamente por el tribunal. En la mayor parte de los casos se entiende ejercido el derecho a través de informes psicosociales, cuyo objetivo no es escuchar la opinión de los niños sino realizar una evaluación o diagnóstico sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos. En este trabajo se plantea que son los tribunales, o en su caso el órgano de protección administrativa, quienes, en virtud tanto de la intermediación propia de los procedimientos de familia, como de las normas legales vigentes, deben escuchar directamente la opinión de los niños. Para cumplirlo, se propone recoger tres criterios contemplados en la Ley de Entrevistas Videograbadas que, por la similitud en el procedimiento y por su cabida en la normativa de familia, podrían ser aplicados en casos de medidas de protección. Estos son la formación especializada del entrevistador, la garantía de entornos adecuados para la escucha y la limitación de la participación de terceros en las entrevistas.

En segundo lugar, los tribunales no cumplen con la obligación, tanto legal como convencional, de tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños. Este obstáculo tiene que ver con una etapa posterior al ejercicio del derecho a ser oído, que ha sido reconocida como etapa de escucha. No bastaría solo con oír las opiniones del niño, sino que estas deben ser

debidamente consideradas. Para asegurarlo, resulta crucial que los jueces fundamenten sus sentencias y señalen en qué medida fue considerada o no la opinión del niño en el caso concreto. Esto no significa satisfacer siempre los deseos del niño, pero sí explicitar que estos fueron tomados en cuenta. En la investigación se concluye que tanto la Ley de Tribunales de Familia como la Ley sobre Garantías ya contemplan la obligación de los tribunales de fundamentar sus sentencias en este sentido.

El estudio de la Universidad Finis Terrae en el que se basa este trabajo analizó causas judiciales entre 2017 y 2021. La Ley sobre Garantías entró en vigor recién en marzo de 2022. Se espera que en futuros estudios de causas se puedan ver impactos positivos respecto del ejercicio del derecho de los niños a ser oídos en procedimientos de aplicación de medidas de protección, tanto en sede judicial como administrativa.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ahumada Bisquett, Orielle (2019): «Rescatar la voz de los niños, niñas y adolescentes: Propuesta de modelo de representación jurídica desde el enfoque de los derechos humanos», en: Domínguez Hidalgo, Carmen (editora), *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 247-264.
- Byrnes, Patricia (2011): «Voices of children in the legal process», en: *Journal of Family Studies*, Vol. 17: pp. 44-58.
- Carretta Muñoz, Francesco (2018a): «Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico», en: *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), 243: pp. 93-119.
- (2018b): «El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: La esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, N° 2: pp. 407-426.
- (2018c): «Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena», en: *Revista CES Derecho*, Vol. 9, N° 1: pp. 118-142.
- Carretta Muñoz, Francesco y Barcia Lehmann, Rodrigo (2021): *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial* (Santiago, Der).
- Carretta Muñoz, Francesco y García-Quiroga, Manuela (2021): «Justicia de familia y victimización secundaria: Un estudio aplicado con niños, jueces y abogados», en *Derecho PUCP*, N° 87: pp. 471-497.
- Carretta Muñoz, Francesco y Barría Bahamondes, Marcelo (2022): «Análisis cualitativo de problemas relativos a confidencialidad de la decla-

- ración de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia», en: *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. 35, Nº 1: pp. 259-279.
- Comité de los Derechos del Niño (2009): *Observación General núm. 12 sobre el derecho a ser escuchado, CRC/C/GC/12*. Disponible en: <https://tipg.link/foRE> [fecha de consulta: 25.I.2024].
- (2013): *Observación General núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14*. Disponible en: <https://tipg.link/foRI> [fecha de consulta: 25.I.2024].
- (2018): *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, CRC/C/CHL/INQ/I*. Disponible en: <https://tipg.link/foRK> [fecha de consulta: 9.IX.2024].
- Couso, Jaime (2006): «El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia, interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído», en: *Revista de Derechos del Niño*, Nº 3 y 4: pp. 145-166.
- Díaz Pantoja, Juliana (2021): «El derecho a ser oído de la infancia y adolescencia y el debido proceso», en: Illanes Valdés, Alejandra y Vidal Olivares, Álvaro (editores), *Estudios de Derecho de Familia V* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 281-292.
- Domínguez Hidalgo, Carmen (2023): «El derecho del niño a ser oído en Chile en tiempos de pandemia: Lecciones hacia el futuro», en: López Díaz, Patricia (directora), *Estudios de Derecho de Familia VI* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 81-99.
- Espada Mallorquín, Susana (2015): «La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, rol 124-2015», en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 25: pp. 257-268.
- Etcheberry Court, Leonor y Fuentes Maureira Claudio (2017): «El derecho de los niños a ser oídos», en: Quesille, Anuar (coordinador y editor académico), *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (Santiago, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef), pp. 111-147.
- Fuentes Maureira, Claudio (2015): «Los dilemas del juez de familia», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, Nº 3: pp. 935-965.
- Fuentes Maureira, Claudio y García Odgers, Ramón (2015): «Entre la opacidad y la irreflexión: A propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia», en: *Revista de Derecho de Familia*, Vol. 3: pp. 55-82.

- García-Quiroga, Manuela, Loredo Herrera, Bernardita, Roig, Dominique, González-Urbina, Andrea y Vallejo Correa, Valentina (2023): «A criterio del juez: Desafíos para la participación infantil en justicia de familia», en: *Derecho PUCP*, N° 90: pp. 115-138.
- Greeven Bobadilla, Nel y Carretta Muñoz, Francesco (2021): *Normativa en materia de filiación* (Santiago, Der).
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2018): «Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos», en: *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Año 14, N° 18: pp. 117-137.
- Ibáñez Meza, Nicolás (2023): «Hacia una nueva lectura y aplicación del derecho del niño a ser oído en Chile», en: López Díaz, Patricia (directora), *Estudios de Derecho de Familia VI* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 17-45.
- Krausz Bitrán, Alejandro (2021): *Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en la justicia de familia de Chile*. Tesis para la obtención del grado académico de magíster en Derecho de Familia(s), Derecho de la Infancia y de la Adolescencia de la Universidad de Chile.
- Lathrop, Fabiola (2004): «El derecho del niño a ser oído», en: Martnic, María Dora (coordinadora), *Nuevas tendencias del derecho* (Santiago, Editorial Lexis Nexis), pp. 201-231.
- Lepín, Cristián y Lama, Belén (2020): «La participación de los niños en el juicio de familia: El mito del derecho a ser oído», en: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 13: pp. 770-793.
- Mason, Mary Ann (2003): «¿Una voz para el niño?», en: *Revista de Derechos del Niño*, N° 2: pp. 115-137.
- Millán, Patricio y Villavicencio, Luis (2002): «La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección», en: *Revista de Derechos del Niño*, N° 1: pp. 42-91.
- Pinto Salazar, Jimena (2019): *El niño: Sujeto de derechos procesales en la justicia de familia* (Santiago, Hammurabi).
- Pulgar Bravo, Felipe (2021): «El derecho a ser oído. Implicancias y desafíos para operadores», en: Illanes Valdés, Alejandra y Vidal Olivares, Álvaro (editores), *Estudios de Derecho de Familia V* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 406-413.
- Riveros Calderón, María Paz (2019): «Derecho a ser oídos de niños y niñas pequeño(a)s», en Domínguez Hidalgo, Carmen (editora), *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 229-246.

Salinas, Carolina (2022): «Preparación del personal judicial para ofrecer servicios idóneos», en: Elizondo, Nicole (coordinadora y editora), *Esencialidad del derecho del niño a ser oído: Dificultades de materialización en el contexto de crisis sanitaria* (Santiago, Centro UC de la Familia), pp. 52-62.

Troncoso Vergara, María y Puyol Wilson, Carolina (2014): «Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en tribunales de familia: Una aproximación psicojurídica», en: *Revista de Psicología*, Año 16, N° 25: pp. 89-105.

Vargas Pavez, Macarena y Correa Camus, Paula (2011): «La voz de los niños en la justicia de familia de Chile», en: *Ius et Praxis*, Año 17, N° 1: pp. 177-204.

### *Jurisprudencia citada*

Corte Suprema, 6 de noviembre de 2019, rol 31.427-18, en: Base Jurisprudencial del Poder Judicial.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y Niñas con Chile*, de 24 de febrero de 2012.

### *Normas jurídicas citadas*

Ley 19.346, Chile (18.11.1994), crea Academia Judicial.

Ley 19.585, Chile (26.10.1998), modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

Ley 19.968, Chile, (30.8.2004), crea los Tribunales de Familia.

Ley 21.057, Chile (20.1.2018), regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.

Ley 21.067, Chile (29.1.2018), crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

Ley 21.302, Chile (5.1.2021), crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica.

Ley 21.430, Chile (15.3.2022), sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto con Fuerza de Ley 1, Chile (30.5.2000), fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley 16.618, ley de Menores, de la Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.



Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto 830, Chile (27.9.1990), Promulga Convención sobre los Derechos del Niño.

Proyecto de Ley Boletín 16.286-07, Chile (15.9.2023), modifica la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y otros cuerpos legales, adecuándolos a la Ley 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, y deroga la Ley 16.618, Ley de Menores.

#### SOBRE LA AUTORA

SIMONA CANEPA ARAVENA es licenciada en Derecho por la Universidad Finis Terrae. Es magíster en Ciencias de la Familia y en Estudios Políticos, ambos por la Universidad de los Andes, Chile, y estudiante de doctorado en Derecho de la misma universidad. Su correo electrónico es [scanepa@uft.cl](mailto:scanepa@uft.cl).  <https://orcid.org/0009-0006-5327-8286>.

